

SOCIAAL-ECONOMISCH RECHT

ONDERNEMINGSRECHT

AAK20229633

Mr. C.M.J. Burggraaf

Jurisprudentie

Gerechtshof Amsterdam 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302 (Funda)

Op 10 februari 2022 beval de Ondernemingskamer een onderzoek bij Funda B.V. (hierna: Funda). De certificaathouders hebben de Ondernemingskamer in april 2021 onder meer verzocht een onderzoek in te stellen bij Funda. De door de certificaathouders aangevoerde bezwaren komen er in de kern op neer dat de wijze waarop grootaandeelhouder NVM Holding B.V. (hierna: NVM) heeft geprobeerd tot besluitvorming te komen over de toekomst van de aandeelhoudersstructuur, de (autonome) positie van Funda ten opzichte van NVM en een mogelijke *exit* voor de certificaathouders onvoldoende zorgvuldig en onvoldoende voortvarend is geweest. NVM zou de autonome positie van Funda ten onrechte onvoldoende respecteren. Ook zou NVM Funda belemmeren in haar verdere ontwikkeling en onvoldoende oog hebben voor de belangen van de certificaathouders (r.o. 4.28).

Waar Funda aanvankelijk meende dat onvoldoende reden was om te twijfelen aan een juist beleid, sloot de vennootschap zich later aan bij het enquêteverzoek van de certificaathouders en het standpunt dat wel gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid. Volgens Funda staat NVM in de weg aan de uitvoering van de strategie die gericht is op de ontwikkeling van Funda naar een veelzijdig en meer consumentgericht platform. Om deze strategie te realiseren is zowel een autonome positie, een strategische samenwerking met NVM als het aantrekken van een nieuwe investeerder relevant (r.o. 4.11-4.12). Deze strategie wordt zowel door de certificaathouders, de Stichting Administratiekantoor Funda (hierna: STAK), de raad van commissarissen als de ondernemingsraad gesteund. NVM blokkeert de ontwikkeling van de vennootschap door zich te voortdurend te beroepen op of te refereren aan formele instemmings- en aandeelhoudersbevoegdheden. Door deze beïnvloeding van de strategie zou NVM zich op het terrein van het bestuur van Funda begeven (r.o. 4.13). NVM stelt daartegenover dat verschillende complicerende omstandigheden leidden tot een heroverweging van de door de certificaathouders en de vennootschap gewenste strategie. Bovendien is NVM van mening dat de belangen van Funda en de certificaathouders niet worden geschaad. NVM benadrukt dat het bestuur van Funda 'het juiste gewicht' moet toekennen aan het belang van het NVM-concern (r.o. 4.17-4.18). NVM stelt voorts dat de autonome positie van Funda niet bestaat en dat Funda NVM slechts wil dwingen tot verkoop van het belang in Funda (r.o. 4.18).

De Ondernemingskamer staat allereerst stil bij enkele vennootschapsrechtelijke uitgangspunten. Verwijzend naar de *ABN AMRO*-beschikking (HR 13 juli 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA7970](#), *JOR* 2007/178) herhaalt de Ondernemingskamer dat de strategie een autonome aangelegenheid is van het bestuur (r.o. 4.29). Verwijzend naar de *Cancun*-uitspraak (HR 4 april 2014, [ECLI:NL:HR:2014:797](#), *NJ* 2014/286) roept de Ondernemingskamer in herinnering dat bestuurders zich moeten richten naar het vennootschappelijk belang. Dat belang ziet in de regel op het bestendige succes, maar wordt ingevuld door de omstandigheden van het geval (r.o. 4.30). De Ondernemingskamer stelt voorts, onder verwijzing naar het *Juno*-arrest (HR 26 oktober 2001, [ECLI:NL:HR:2001:AD4804](#), *NJ* 2002/94, r.o. 4.5.3.5), dat het vennootschapsbelang van een groepsvennootschap mede wordt ingevuld door het belang van de groep. Hoewel Funda formeel niet kwalificeert als groepsmaatschappij van NVM, moet het bestuur rekening houden met de belangen van grootaandeelhouder NVM. Dit neemt niet weg dat het bestuur van Funda zelfstandigheid toekomt 'in het licht van de belangen van de certificaathouders en gelet op het eigen karakter van haar onderneming'. Het bestuur van Funda dient haar taak zelfstandig te vervullen. NVM heeft deze zelfstandigheid te respecteren (r.o. 4.33-4.34). De Ondernemingskamer benoemt ook het uitgangspunt dat een aandeelhouder in beginsel zijn eigen belang als richtsnoer mag nemen, behoudens de redelijkheid en billijkheid. De invulling van dit richtsnoer hangt af van de omstandigheden van het geval. Volgens de Ondernemingskamer 'mag een aandeelhouder bij de uitoefening van zijn rechten het belang van de vennootschap in beginsel niet veronachtzamen'. De eisen van de redelijkheid en billijkheid wegen zwaarder naarmate de invloed van een aandeelhouder toeneemt, de onderneming in ontwikkeling is en meer belangen in het geding zijn (r.o. 4.36). Volgens de Ondernemingskamer betekent dit dat een meerderheidsaandeelhouder het belang van de vennootschap onder omstandigheden moet laten prevaleren (r.o. 4.36). In de huidige situatie brengt de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW mee dat NVM een keuze moet maken over de aandeelhouderstructuur, de positie van het bestuur van Funda en een verkoopmogelijkheid voor de certificaathouders (r.o. 4.38). Volgens de Ondernemingskamer is NVM de afgelopen jaren niet in staat gebleken een dergelijk besluit te nemen. De onzekerheid die het nalaten van het nemen van dat besluit tot gevolg heeft, is nadelig voor de vennootschappelijke verhoudingen en het bestendige succes van Funda. In dit onvermogen ligt, mede gezien de invloed daarvan op de tenuitvoerlegging van de strategie, een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken (r.o. 4.40-44). De Ondernemingskamer gelast een onderzoek en oordeelt daarbij dat de onderhavige beschikking en het onderzoek partijen zullen dwingen hun standpunt en handelen te herzien. Aldus moet de beschikking een bijdrage leveren aan het herstel van de gezonde verhoudingen. In dat licht ziet de Ondernemingskamer geen noodzaak om in dit stadium onmiddellijke voorzieningen te treffen (r.o. 4.45).

Wet- en regelgeving

Actualisatievoorstel Corporate Governance Code

In februari 2022 verscheen een actualisatievoorstel (hierna: het voorstel) van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code (hierna: de Commissie). Het voorstel tot actualisatie van de Corporate Governance Code (hierna: de Code) betreft geen volledige herziening maar een actualisatie op hoofdlijnen. Het voorstel vloeit voort uit de behoefte van stakeholders, gewijzigde wetgeving en de aanbevelingen uit een in 2021 verschenen onderzoeksrapport ten aanzien van de interne controle. Zie *Versterking verantwoordingsketen*, Universiteit Leiden 2021. Voor de uitgebreide toelichting op het actualisatievoorstel verwijs ik naar de 'Toelichting bij de voorstellen voor actualisatie', in: *Voorstel voor actualisatie Corporate Governance Code*, Den Haag: De Monitoring Commissie Corporate Governance Code 2022, p. 7 e.v.

ESG (*environmental, social & governance*) vormt het eerste speerpunt van het actualisatievoorstel. Het voorstel verplicht bestuurders 'zich' rekenschap te geven van de impact van de vennootschap en onderneming 'in de productie- en waardeketen' (best-practice-bepaling (hierna: BPB) 1.1). Vennootschappen moeten een ESG-strategie met bijbehorende doelstellingen formuleren. Het bestuur moet daarbij de belangen van stakeholders meewegen. Daarnaast moet het bestuur aandacht besteden aan de 'ESG-gerelateerde impact' van de vennootschap en de bedrijfsketen (BPB 1.1.1/1.1.6). Uit de geactualiseerde toelichting volgt dat het formuleren van een vennootschapsrechtelijke 'purpose' facultatief blijft. Vergelijk J.W. Winter e.a., *Ondernemingsrecht* 2020/86, p. 473. Voor de betekenis van 'ESG-gerelateerde impact' verwijst de Commissie naar de Richtlijn duurzaamheidsrapportage door ondernemingen (CSRD) en de OESO-handreiking inzake Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen. Tevens legt de Commissie nadruk op de verantwoording van de ondernemingscultuur in het jaarverslag (principe 1.1/BPB 1.1.4/2.5.4).

Naar aanleiding van de implementatie van de herziene Aandeelhoudersrichtlijn en de Stewardship Code van Eumedion besteedt het actualisatievoorstel in de tweede plaats aandacht aan de positie van aandeelhouders. Het voorstel verplicht aandeelhouders het belang van langetermijnwaardecreatie te onderkennen (BPB 1.1.5 (nieuw)). Het voorstel bevat ook een nieuwe bepaling ter stimulering van de dialoog tussen aandeelhouders en vennootschap (BPB 4.2.2). Het voorstel legt voorts nadruk op 'geïntegreerd stemmen' en de betrokkenheid van institutionele beleggers. Ook introduceert de Commissie voorschriften inzake de stemonthouding door aandeelhouders met een netto shortpositie (zie BPB 4.3.1/4.3.5/4.3.6/4.3.7/4.3.8).

Het actualisatievoorstel ziet in de derde plaats op diversiteit en inclusiviteit. In het licht van de inwerkingtreding van de Wet diversiteit (zie hierover o.a. *Kwartaal-Signaal 162* (C.D.J. Bulten & N. Kreileman)) benadrukt de Commissie de relevantie van diversiteit in brede zin voor de samenstelling van het bestuur, de raad van

commissarissen en de *executive committee* (BPB 2.1). De Commissie heeft de volgende elementen aan het thans in de Code gehanteerde diversiteitsbegrip toegevoegd: ervaring, persoonlijke kwaliteiten, leeftijd, genderidentiteit en nationale en culturele achtergrond. Vanwege een ruimere interpretatie van diversiteit gaat de Code verder dan de wet, aldus de Commissie. De voorstellen zien voorts op de vrijwillige vermelding van genderidentiteit in het bestuursverslag, het beleid inzake diversiteit en inclusie en de verantwoording ten aanzien van dat beleid (BPB 2.1.2/2.1.5/2.1.6). De toelichting bevat voorts de aanbeveling om jaarlijks door middel van vrijwillige zelfidentificatie te rapporteren over de diversiteit van het bestuur en de raad van commissarissen.

Het actualisatievoorstel ziet in de vierde plaats op gewijzigde wetgeving. De responstijd uit de Code blijft gehandhaafd, ondanks de inwerkingtreding van de wettelijke bedenktijd in artikel 2:114b BW. Volgens de Commissie verschilt de responstijd voldoende van de wettelijke bedenktijd om de responstijd van maximaal 180 dagen in de Code te handhaven (BPB 4.1.6 en 4.1.7). Waar de wettelijke bedenktijd ziet op de (on)mogelijkheid om over de benoeming, schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris (of een statutenwijziging te dienaangaande) te stemmen (onder meer in het geval van een vijandig openbaar bod), staat de bedenktijd in de weg aan elke agendering die zou kunnen leiden tot ongewenste beïnvloeding van de strategie. Volgens de Commissie heeft de wettelijke introductie van het bezoldigingsbeleid en -verslag door implementatie van de herziene Aandeelhoudersrichtlijn geen grote gevolgen voor Code. De bepalingen over het beloningsbeleid en het remuneratierapport (BPB 3.1.2 en 3.4.1) blijven gelden als aanvulling op de wettelijke regeling.

De actualisatievoorstellen zijn in de vijfde plaats gebaseerd op de aanbevelingen uit het rapport *Versterking Verantwoordingsketen* van de Universiteit Leiden. De voorstellen zien onder andere op de het werkplan, de beoordeling van en de rapportage door de 'interne auditfunctie' (BPB 1.3.2 e.v.). Bij de evaluatie van het bestuur en de raad van commissarissen moet bovendien meer aandacht besteed worden aan cultuur, gedrag en samenwerking (principe 2.2.6). Ook moet de 'interne auditfunctie' signalen van een 'materiële misstand of onregelmatigheid' melden aan het bestuur en de voorzitter van de auditcommissie (BPB 2.6.4 (nieuw)).

De Commissie hoopt eind 2022 of begin 2023 een aangepaste Code vast te stellen en ter wettelijke verankering in te dienen bij de regering.

Voorstel Corporate Due Diligence Richtlijn

Op 23 februari 2022 nam de Europese Commissie een voorstel aan voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid (hierna: de Richtlijn). De voorgestelde Richtlijn is van toepassing op in Europa actieve ondernemingen (voor de invulling van dit diffuse begrip verwijs ik naar art. 3 sub a Richtlijn) met minimaal 500 werknemers en een omzet van minimaal € 150 miljoen. Ondernemingen die actief

zijn in de risicosectoren en minimaal 250 werknemers en een omzet van meer dan € 40 miljoen hebben, vallen ook binnen de reikwijdte van deze Corporate Due Diligence-richtlijn (art. 2 Richtlijn). Zie ook M. de Koning & R.M. Sinke, 'ESG-compliance in een toeleveringsketen; een juridische verkenning', *Bb* 2022/22, p. 72-80. De Richtlijn legt nadruk op de verantwoordelijkheid van bedrijven ten aanzien van mensenrechten en duurzaamheid in de gehele (productie)keten. De Richtlijn zet bedrijven aan tot 'het identificeren, voorkomen, verminderen en verantwoorden van hun negatieve effecten voor mensenrechten en het milieu [...] door te zorgen voor adequate governance, beheersystemen en maatregelen daartoe'. Zie Toelichting bij Richtlijn, COM(2022) 71, p. 4; overweging 14 Richtlijn).

Artikel 4 van de Richtlijn schrijft zes due-diligence-stappen voor. In de eerste plaats moet *corporate due diligence* worden opgenomen in het beleid van de onderneming. Dit betekent dat een onderneming haar aanpak van *corporate due diligence* onderdeel van het beleid moet maken. Hieronder valt bijvoorbeeld het opstellen van een gedragscode voor werknemers en dochterondernemingen. In de tweede plaats moeten ondernemingen zorgen voor een toereikende identificatie van feitelijke en potentiële negatieve effecten ten aanzien van duurzaamheid en mensenrechten (art. 6 Richtlijn). Daarbij moet de onderneming aandacht besteden aan de kwalitatieve en kwantitatieve identificatie van potentiële negatieve effecten. In de derde plaats moeten ondernemingen ook passende maatregelen treffen om negatieve effecten te voorkomen of te beperken (art. 7 en 8 Richtlijn). Voor de kleinere ondernemingen in de genoemde 'impactsectoren' zijn de due-diligence-verplichtingen beperkt tot *ernstige negatieve effecten* (overweging 21, art. 6 lid 2 Richtlijn). De Richtlijn eist dat ondernemingen maatregelen nemen die negatieve effecten zo veel als mogelijk voorkomen of beperken. Voor complexe maatregelen zullen ondernemingen een *preventief actieplan* moeten opstellen. Om te voldoen aan de preventie- en beperkingsverplichtingen schrijft de Richtlijn bijvoorbeeld voor dat ondernemingen contractuele garanties bedingen bij 'zakenpartners' om de naleving van gedragscodes en de opgestelde actieplannen af te dwingen. Ook kan worden gedacht aan het tijdelijk opschorten of beëindigen van commerciële relaties (art. 7 Richtlijn). Ondernemingen moeten bovendien passende maatregelen nemen om feitelijke negatieve effecten te beëindigen. Hierbij kan ook worden gedacht aan de betaling van schadevergoeding, het opstellen van een corrigerend actieplan of het doen van benodigde investeringen (art. 8 Richtlijn). De Richtlijn verplicht ondernemingen in de vierde plaats tot het instellen van klachtmogelijkheden voor personen en organisaties over negatieve effecten (overweging 42 en art. 9 Richtlijn). In de vijfde plaats zijn ondernemingen onder de Richtlijn verplicht om hun eigen corporate-due-diligence-beleid, dat van hun dochterondernemingen en hun zakelijke relaties te evalueren (art. 10 Richtlijn). In de laatste plaats zet de Richtlijn ondernemingen aan tot transparantie en openbaarmaking van hun corporate-due-diligence-beleid en -maatregelen (art. 11 Richtlijn).

De Richtlijn verplicht elke lidstaat om een autoriteit aan te wijzen die toezicht gaat houden op de naleving van de implementatiewetgeving inzake *corporate due diligence* (art. 17 Richtlijn). Deze nationale autoriteit krijgt tevens de bevoegdheid om sancties op te leggen aan ondernemingen die de corporate-due-diligence-verplichtingen overtreden (art. 20 Richtlijn). Lidstaten moeten voorzien in de mogelijkheid om een onderneming aansprakelijk te stellen voor schade indien deze niet voldoet aan de preventie- en/of beperkingsverplichtingen van de negatieve gevolgen als bedoeld in artikel 7 en 8 van de Richtlijn (zie art. 22 Richtlijn). De Richtlijn legt de verantwoordelijkheid voor de *corporate due diligence* bij de bestuurders en commissarissen van de onderneming. Volgens de Richtlijn is het aan de bestuurders en commissarissen om het corporate-due-diligence-beleid vast te stellen en om de due-diligence-maatregelen te implementeren. Daarbij moeten bestuurders en commissarissen tevens de belangen van stakeholders en maatschappelijke organisaties meewegen. Lidstaten moeten ervoor zorgen dat bestuurders en commissarissen in hun taakuitoefening rekening houden met de impact van hun beslissingen op duurzaamheid en mensenrechten. Bovendien moet de nationale sanctionering van onbehoorlijk bestuur (en toezicht) tevens de *corporate due diligence* gaan omvatten (art. 25 en 26 jo. art. 3 sub o Richtlijn). Deze aansprakelijkheid staat haaks op het advies van de SER inzake zorgvuldigheidswetgeving uit 2021. De SER pleitte voor bestuursrechtelijke handhaving zonder persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. Volgens de SER werkt persoonlijke aansprakelijkheid averechts, omdat het bestuurders dwingt tot voorzichtig gedrag, terwijl 'moed en ambitie' nodig zijn. Zie SER Advies, *Effectieve Europese gepaste zorgvuldigheidswetgeving voor duurzame ketens*, oktober 2021, p. 13.

Inwerkingtreding Wet verruiming van mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen

Naast de Wet diversiteit (zie uitvoerig *KwartaalSignaal* 162 (C.D.J. Bulten & N. Kreileman) is op 1 januari 2022 ook de Wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van de mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen (hierna: de Wet) in werking getreden (Zie *Stb.* 2021, 310 en *Stb.* 2021, 346). De Wet moet de Nederlandse rechtsstaat weerbaarder maken tegen 'radicale antidemocratische krachten'. In de eerste plaats verdwijnt het onderscheid tussen de sanctionering van een rechtspersoon waarvan de *werkzaamheden* in strijd zijn met de openbare orde en een rechtspersoon waarvan het *doel* in strijd is met de openbare orde. In de tweede plaats brengt het gewijzigde artikel 2:20 lid 2 BW mee dat de strijd met de openbare orde vaststaat als een rechtspersoon een bedreiging vormt voor de nationale veiligheid, internationale rechtsorde, de democratische rechtsstaat of het openbaar gezag. Het nieuw ingevoerde derde lid van artikel 2:20 BW bevat een rechtsvermoeden: een rechtspersoon met als doel of werkzaamheid die leidt tot aantasting

van de menselijke waardigheid, geweld of het aanzetten tot haat of discriminatie wordt vermoed in strijd met de openbare orde te zijn. Tegen dit vermoeden is, in tegenstelling tot een dreiging als bedoeld in artikel 2:20 lid 2 BW, wel tegenbewijs mogelijk. In het nieuwe artikel 2:20a BW is bovendien een bestuursverbod voor de duur van drie jaar opgenomen voor bestuurders van een overeenkomstig artikel 2:20 BW verboden verklaarde rechtspersoon. Dit bestuursverbod geldt echter niet indien de betrokkene geen ernstig verwijt gemaakt kan worden. Om effectiever op te kunnen treden zonder strafrechtelijk op de zaken vooruit te lopen, voorzien artikel 2:20 lid 5 en 6 BW in de mogelijkheid voor de rechter om voor de duur van de procedure civielrechtelijke bevelen af te geven. De niet-nakoming van deze

bevelen is strafrechtelijk gesanctioneerd. Zie hierover uitvoerig J. van der Hoeven, [AA20211123](#) en ook *KwartaalSignaal* 161 (W. Lazar).

Literatuur

- K. Frielink, *De quasi-bestuurder in het rechtspersonenrecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut 174), Deventer: Wolters Kluwer 2022;
- H. Koster e.a. (red.), *Grensoverschrijdend herstructureren* (Ars Notariatus 176), Deventer: Wolters Kluwer 2022;
- A.L. Mohr & V.A.E.M. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022;
- K.H.M. de Roo, *Bestuur van rechtspersonen* (ZIFO 34), Deventer: Wolters Kluwer 2022. ◀